

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3677/2022-PE

ATA/978/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 août 2024

2^{ème} section

dans la cause

A_____

recourant

représenté par Me Innocent SEMUHIRE, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU
TRAVAIL**

intimé

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
16 octobre 2023 (JTAPI/1120/2023)**

EN FAIT

- A.**
- a.** A_____, né le _____ 1981, est ressortissant du Sénégal.
 - b.** Le 3 mars 2022, A_____ et B_____ ont signé un contrat de travail prévoyant que le précité se verrait proposer des missions de travail temporaire. Ce contrat a été renouvelé le 16 mars 2022.
 - c.** Par formulaire M daté du 7 mars 2022 et adressé à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), B_____ (ci-après : B_____) a requis en faveur de A_____ une autorisation de séjour avec activité lucrative au service du restaurant « C_____ ». Il s'agissait d'un contrat de durée indéterminée en qualité de cuisinier pour un salaire mensuel brut de CHF 4'770.- à raison de 45 heures de travail par semaine. Il était indiqué que A_____ était arrivé à Genève le 8 février 2022.
 - d.** Par décision du 9 juin 2022, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), à qui l'OCPM avait transmis la demande, a refusé à cette dernière l'autorisation de séjour avec activité lucrative. En pied de page de la décision, il était indiqué qu'un double était adressé « à l'employé ».
- La demande ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse et l'ordre de priorité n'avait pas été respecté, B_____ n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE et de l'AELE n'avait pu être trouvé. Un bailleur de services ne pouvait engager un ressortissant étranger que si ce dernier était admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisé à changer d'emploi. La demande ne présentait pas un intérêt économique suffisant pour justifier une exception.
- e.** Par décision du 5 septembre 2022, l'OCPM a refusé d'octroyer à A_____ une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative et a prononcé son renvoi de Suisse. Cette décision se fondait sur la décision de l'OCIRT.
- B.**
- a.** Par acte du 6 octobre 2022, A_____ a recouru contre la décision de l'OCPM auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Ce recours a été enregistré sous numéro de procédure A/3281/2022.
 - b.** Par acte du 7 novembre 2022, il a également recouru contre la décision de l'OCIRT, en concluant à son annulation et à la délivrance de l'autorisation de travail sollicitée. Préalablement, il demandait son audition et la suspension de la procédure A/3281/2022 dans l'attente de l'issue de la présente procédure.
- La requête du 7 mars 2022 visait la possibilité, pour lui, d'exercer auprès du restaurant « C_____ » en qualité de cuisinier spécialisé en denrées alimentaires destinées aux personnes soumises aux allergies et intolérances alimentaires. Il a notamment produit les contrats de missions signés les 7 et 16 mars 2022, qui le délèguent auprès du restaurant susmentionné en qualité de cuisinier.

À la suite de la décision de l'OCPM, son mandataire avait consulté le dossier le 6 octobre 2022 et pris alors connaissance de la décision rendue de l'OCIRT, de sorte que son recours était formé dans le délai légal.

Les directives du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) permettaient d'engager un cuisinier dans un restaurant de spécialités à certaines conditions, qui concernaient non seulement l'établissement lui-même et les efforts déployés par l'employeur pour trouver le collaborateur en question, mais également les qualifications personnelles du cuisinier. Lui-même maîtrisait le français et son âge permettait de supposer qu'il s'intégrerait durablement à l'environnement professionnel et social en Suisse. Il disposait d'une formation de cuisinier spécialisé dans les menus destinés aux personnes sensibles aux allergies et aux intolérances culinaires. Il avait une longue expérience professionnelle dans le domaine, ainsi qu'en attestait son curriculum vitae. En Suisse, il avait travaillé comme cuisinier à spécialités. Il avait d'abord été engagé pour une mission de trois mois dans le café-restaurant « C_____ » qui proposait des spécialités traditionnelles et des menus spéciaux pour des personnes ayant des allergies et des intolérances à certaines denrées alimentaires. Il avait ensuite été occupé comme cuisinier dans le restaurant « D_____ » pour préparer des plats spécifiques pour les personnes allergiques ou présentant des intolérances culinaires. Il avait été très apprécié par ses employeurs pour ses compétences dans la préparation de ces spécialités et son intégration dans les équipes avait également été remarquée par ses employeurs.

Ces spécificités professionnelles justifiaient une exception et protégeaient les intérêts économiques de la Suisse dans un domaine particulier de la restauration. À l'issue de la pandémie, plusieurs restaurateurs étaient à la recherche de cuisiniers bien formés, le marché suisse n'arrivant pas à satisfaire la demande. Les pays avec lesquels la Suisse avait signé des accords de libre circulation souffraient du même manque de personnel dans ce domaine.

Le curriculum vitae produit indique qu'après l'obtention d'un CAAP BEP obtenu au Sénégal en 2007 dans le domaine de l'hôtellerie-restauration, accompagné d'un apprentissage de cuisine entre 2005 et 2008, A_____ a travaillé à Toulon comme commis de cuisine de 2014 à 2015, puis comme cuisinier de 2015 à 2016, avant d'occuper, dans trois restaurants successifs à Lyon, le poste de second de cuisine (de 2016 à 2018), de chef de partie (de 2018 à 2020), puis de cuisinier (de 2020 à 2021).

c. Par décision du 22 décembre 2022 dans la cause A/3281/2022, le TAPI a refusé la suspension de cette procédure.

d. L'OCIRT a conclu au rejet du recours.

A_____ n'avait aucune formation particulière. Il ne disposait ni de qualifications, ni d'une expérience à ce point particulières qu'il soit impossible à l'employeur de recruter un travailleur doté des compétences requises sur le marché local ou titulaire d'un passeport européen au sein de l'UE/AELE. B_____ n'avait pas fait la moindre

recherche dans ce sens et n'avait pas annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE). L'engagement de A_____ auprès du bailleur de services ne répondait pas à la condition légale du fait qu'il était déjà admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et qu'il ait été autorisé à changer d'emploi. Il n'existait pas d'éléments permettant d'affirmer que des intérêts économiques suffisamment importants justifieraient une exception à cette règle.

e. Après plusieurs demandes de délais, A_____ a répliqué en produisant notamment les certificats de travail relatifs aux différents emplois mentionnés dans son curriculum vitae.

L'OCIRT confondait les dispositions légales relatives au séjour des étrangers et celles relatives au service de l'emploi et la location de services. Le raisonnement de l'OCIRT concernant l'obligation d'annonces d'un poste vacant se rapportait à l'ordre de priorité au sens des premières de ces dispositions, et non à celles qui concernaient la location de services à des tiers. Il ne fallait pas oublier que les missions temporaires pouvaient être de très courte durée et que les travailleurs recherchés dans ce cadre pouvaient présenter un profil différent de ceux que l'on pouvait engager par le biais d'un contrat fixe et de longue durée. Ainsi, sauf à vouloir multiplier les démarches administratives tracassières, la loi sur le service de l'emploi et la location de services prévoyait la publication des annonces de location de service, et non une annonce à l'OCE. C'était aux entreprises bénéficiaires des missions temporaires qu'il incombait d'annoncer des places vacantes à l'OCE, avant de contacter une agence de placement.

f. Par jugement du 16 octobre 2023, le TAPI a rejeté le recours en tant qu'il était recevable.

L'ordre de priorité n'avait pas été respecté, de sorte que la décision de l'OCIRT était fondée.

C. a. Par acte du 16 novembre 2023, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice contre le jugement précité, dont il a demandé l'annulation, concluant principalement à l'octroi de l'autorisation de prise d'emploi.

Sa profession n'était pas soumise à l'obligation d'annonce, dans la mesure où il était notoire que le secteur de la restauration souffrait d'une pénurie de main-d'œuvre. Son emploi était limité à une période inférieure à 14 jours, même si elle pouvait être reconduite. En tant que cuisinier spécialisé, son engagement répondait à un intérêt économique du pays.

b. L'OCIRT a conclu au rejet du recours.

c. Le recourant n'a pas répliqué dans le délai imparti à cet effet et les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

d. L'assistance juridique ayant été refusée, le recourant s'est acquitté, après l'octroi de plusieurs prolongations, de l'avance de frais, de sorte que les parties ont, à nouveau, été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le recourant conteste le refus de lui accorder une autorisation de séjour avec activité lucrative.

2.1 La LEI et ses ordonnances règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est, comme en l'espèce, pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI).

2.2 Selon l'art. 11 al. 1 LEI, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. L'art. 18 LEI prévoit qu'un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c). Lesdites conditions sont cumulatives (ATA/362/2019 du 2 avril 2019 ; ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3 ; ATA/401/2016 du 10 mai 2016). En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à l'autorisation sollicitée par un éventuel employé.

2.3 La notion d'« intérêt économique du pays », formulée de façon ouverte, concerne au premier chef le domaine du marché du travail. Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier. En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1)

2.4 En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé.

L'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, spéc. p. 3537 ; ATA/387/2023 du 18 avril 2023 consid. 5.c). Il s'ensuit que le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché

du travail (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1^{er} avril 2013 ; ATA/274/2022 du 15 mars 2022 consid. 3b ; ATA/401/2016 précité).

2.5 Selon les Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état au 15 décembre 2021 (ci-après : Directives LEI) – qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu’elles respectent le sens et le but de la norme applicable –, les employeurs sont tenus d’annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, qu’ils présument ne pouvoir repourvoir qu’en faisant appel à du personnel venant de l’étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l’exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l’ensemble du territoire suisse. L’employeur doit, de son côté, entreprendre toutes les démarches nécessaires – annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement – pour trouver un travailleur disponible. On attend des employeurs qu’ils déploient des efforts en vue d’offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (Directives LEI, ch. 4.3.2.1 ; ATA/274/2022 précité consid. 3b ; ATA/494/2017 précité ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015).

Il revient à l’employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d’un État membre de l’UE ou de l’AELE conformément à l’art. 21 al. 1 LEI et qu’il s’est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d’exercer cette activité (ATA/274/2022 *ibidem* ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 et les références citées).

L’employeur doit être en mesure de rendre crédibles les efforts qu’il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d’attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l’UE/AELE. Des ressortissants d’États tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n’ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s’acquitter d’une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l’échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l’étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l’activité en question, etc. (Directives LEI, ch. 4.3.2.2 ; ATA/274/2022 *ibidem*).

Même si la recherche d’un employé possédant les aptitudes attendues de la part de l’employeur peut s’avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès des candidats potentiels, de telles difficultés ne sauraient à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité de recrutement énoncée à l’art. 21 LEI (ATA/274/2022 *ibidem* ; ATA/1368/2018 précité).

3. En l'espèce, B_____ n'a effectué aucune recherche pour trouver un travailleur suisse ou ressortissant de l'UE/AELE répondant au profil de « cuisinier dans un restaurant de spécialités ». Contrairement à ce que soutient le recourant, l'art. 21 LEI est d'ordre impératif et ne permet nullement d'y déroger, au motif que le secteur d'emploi auquel se rapporte la place de travail se trouverait en pénurie de main-d'œuvre. En effet, le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail.

En outre, les éléments avancés par le recourant relatifs à ses qualifications professionnelles n'apparaissent pas à ce point particuliers qu'il aurait été impossible pour l'employeur de recruter un autre travailleur présentant les qualités requises sur le marché local ou européen. Même s'il fallait admettre que les recherches pour trouver un candidat ou une candidate disposant d'une formation de cuisinier expérimenté, notamment dans le secteur « cuisinier spécialisé », auraient pu se révéler ardues, cette seule difficulté ne pouvait justifier que l'entreprise ne procède pas à des démarches suffisantes pour pouvoir se prévaloir du régime dérogatoire de l'art. 18 LEI.

Enfin, aucun élément ne permet de considérer que l'activité du recourant serait susceptible d'avoir des retombées économiques importantes pour la Suisse au sens de l'art. 18 let. a LEI ni encore qu'elle revêtirait un intérêt scientifique ou économique prépondérant au sens de l'art. 21 al. 3 LEI. En effet, il n'est pas allégué que l'apport du recourant contribuerait de manière substantielle à des investissements ou influencerait la diversification de l'économie régionale et internationale.

Enfin, même si des emplois à durée déterminée étaient envisagés, ce qui est inhérent à la location de services, il n'était nullement envisagé que le recourant ne travaille qu'une fois pendant moins de 14 jours pour un restaurant. La demande de B_____ visait d'ailleurs un contrat de durée indéterminée dont le salaire mensuel était précisé.

Au vu de ce qui précède, l'OCIRT n'a pas violé la loi ni commis un abus de son pouvoir d'appréciation en considérant que la société n'avait pas démontré qu'elle avait été dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché suisse ou européen, de sorte que la condition de l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 LEI était remplie.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

4. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 novembre 2023 par A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 octobre 2023 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral suisse, av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Innocent SEMHUIRE, avocat du recourant, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Michèle PERNET, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. SCHEFFRE

le président siégeant :

C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.